

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A REREADING ABOUT THE SEPARATION OF POWERS UNDER INSTITUTIONAL DIALOGUE

Eliezer Gomes Da Silva ¹
Simone Valadão Costa e Tressa ²

Resumo

a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresenta-se um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discute a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Palavras-chave: Separação de poderes, Estado de coisas inconstitucional, Ineficiência do estado, Políticas públicas, Hermenêutica constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

from the problematics of hermeneutics and constitutional mutation, a new look on the principle of the separation of powers is presented. It takes into consideration the decision of the Federal Supreme Court in the ADPF Cautelar Measure 347 that consolidated the use of the “unconstitutional state of affairs”, a reasoning created by the Colombian Supreme Court. Within this theoretical framework, the article discusses the need to change the way the principle of the separation of powers is normally interpreted, so as to address the study of the significant commitment and the theory of institutional dialogues.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Unconstitutional state of affairs, Inefficiency of the state. public policy, Constitutional hermeneutics

¹ Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

INTRODUÇÃO

O poder do Estado é uno e seu exercício deve levar essa premissa em consideração, a fim de que a atividade estatal seja exercida de forma coordenada pelos poderes constituídos, visando o bem comum do povo.

A divisão das funções estatais em três Poderes visa possibilitar o melhor desempenho do Estado no cumprimento desse objetivo. Contudo, essa divisão funcional não deve ser interpretada como obstáculo à implementação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas tendentes à promoção de igualdade e justiça social.

Os poderes do Estado em suas funções prioritárias (legislativa, executiva e judiciária) por vezes acabam interferindo em atividades que, formalmente, competem à atribuição de outro poder, gerando tensões questionadas à luz da interpretação tradicional da teoria da separação dos poderes, idealizada na Antiguidade e refletida mais expressivamente por Montesquieu.

Nesse sentido, atualmente o ativismo judicial vem se mostrando uma forte tendência frente à impotência dos diversos órgãos públicos incumbidos da obtenção de melhores resultados no tratamento das demandas sociais. Esse ativismo, embora realidade, é objeto de críticas severas dos cientistas jurídicos e legisladores.

O objetivo do presente estudo é, a partir dos enfoques da hermenêutica e da mutação constitucional, apresentar um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, demonstrando a necessidade de uma maior cooperação entre as funções do Estado, exercidas pelos poderes constituídos.

O método utilizado foi o dedutivo, partindo da pesquisa bibliográfica, das teorias doutrinárias e das leis para identificar os fenômenos objeto da pesquisa e justificar os resultados obtidos.

Este trabalho analisa a decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que, ao adotar pioneiramente, no Brasil, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) em relação ao sistema penitenciário, em uma perspectiva estrutural, fomentou o estudo científico da teoria, o questionamento sobre a adequação da medida no Brasil e a busca, pelos cientistas jurídicos e legisladores, de alternativas dialéticas para o tratamento da questão, como o "compromisso significativo", oriundo da Corte Constitucional sul-africana.

A declaração do ECI representou um marco no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser considerada uma reação do próprio sistema. Metaforicamente, tal como um organismo vivo, o ordenamento jurídico apresentou uma reação interna na busca de seu

equilíbrio. Contudo, o mero reconhecimento da realidade como um Estado de Coisas Inconstitucional, com ações pontuais e sem eficácia relevante no contexto social, não é capaz de contribuir decisivamente com a alteração dos *status quo*.

O trabalho estuda a decisão da Corte Constitucional brasileira na atuação em prol da implementação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas, mas questiona o inexpressivo proveito prático do reconhecimento da teoria no Brasil diante do contexto normativo e político brasileiros atuais,

Para este estudo, considera-se que a judicialização da política ou ativismo judicial devem ser analisados objetivamente e sempre sob o aspecto do proveito social obtido com tais decisões, ou seja, considerando a ciência jurídica a serviço das questões sociais.

E nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal produziu um julgado significativo, tendente a uma interferência pontual em questão levantada pela sociedade. Mas, há necessidade de maior efetividade de decisões judiciais, as quais, na maioria das vezes, não passam de meros questionamentos teóricos sem contrapartida na realidade, em razão da interpretação tradicional do princípio da separação dos poderes que importa verdadeiro engessamento do sistema de poder brasileiro.

O estudo questiona a abordagem sugerida no Projeto de Lei do Senado nº 736/2015, que estabelece termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e dispõe sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo. O projeto não inclui a interação entre os poderes e propõe a mera tentativa de acordo.

O trabalho está dividido em três partes.

A primeira apresenta a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, declarada pelo STF no Brasil, enumerando seus pressupostos.

Na segunda parte, são abordadas as novas propostas para a superação das omissões inconstitucionais. É feita análise do modelo proposto no Projeto de Lei do Senado citado, apontando possíveis falhas e necessidade de adequação do projeto, visando à otimização dos debates e da ação dos poderes públicos na solução de demandas sociais.

A terceira parte traz uma proposta de nova perspectiva de interpretação do princípio da separação de poderes – a teoria do diálogo institucional, analisando seus fundamentos e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Os resultados obtidos apontam para a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

1 A TEORIA DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SEUS PRESSUPOSTOS

As decisões difíceis (*hard cases*) propostas ao Poder Judiciário demandam sua resposta com base no princípio da indisponibilidade da jurisdição, corolário do Estado Democrático de Direito pautado no princípio da separação dos poderes, segundo o qual cabe ao Poder Judiciário o julgamento das demandas sociais.

As demandas, crescentes em razão da evolução social, muitas vezes se fundamentam na omissão normativa exigível pela Constituição para a efetivação de norma constitucional.

Afirma Campos que

Essa medida faltante, de acordo com o preceito constitucional, pode ser de competência tanto do legislador como de órgão administrativo. Significa dizer: a preocupação deve ser com a falta de medidas normativas que resulte em inefetividade de disposições constitucionais, e não necessariamente de medida legislativa, assim entendida como ato de competência do legislador. A omissão pode se dar, por exemplo, por ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos (CAMPOS, 2016, p. 31).

Diante dessa realidade, o ordenamento jurídico atribui à Corte Constitucional o papel de garantidor contramajoritário de proteção do Estado diante de classes minoritárias e carecedores da ação estatal para efetivação de normas constitucionais.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem sendo provocado, em diversas oportunidades, a se pronunciar sobre questões tormentosas que demandam posicionamento estatal frente ao desenvolvimento social.

Uma dessas questões foi traduzida por decisão, em sede liminar, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 347, na qual foi pedido o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) em relação à superlotação e condições degradantes do sistema prisional brasileiro, configurando cenário fático incompatível com a Constituição Federal e apresentando ofensa a diversos preceitos fundamentais.

Tais argumentos foram acolhidos pelo STF que concluiu pela configuração do ECI no sistema prisional brasileiro.

A teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem origem na Corte Constitucional Colombiana.

De acordo com Andréa, o ECI, na Colômbia, teve como ponto de partida a previsão constitucional de proteção dos direitos humanos de origem constitucional, por meio do

instituto denominado acción de tutela (ANDRÉA, 2018, p. 29).

Afirma o mesmo autor que a acción de tutela pode ser exercida contra a violação de um direito fundamental, podendo ser ajuizada perante qualquer juiz, de maneira simples, inclusive, sem a necessidade de advogado (ANDRÉA, 2018, p. 29).

O mecanismo proporcionou acesso à Justiça a milhares de cidadãos, ocasionando a remessa de milhares dessas demandas à Corte Constitucional Colombiana.

A reiteração nas demandas levou o tribunal a reconhecer a violação massiva de direitos fundamentais e falhas estruturais na prestação de serviços pelo Estado frente à ineficiência clara do poder público no atendimento de necessidades básicas de grupos sociais determinados.

Tal reconhecimento se deu pela identificação do ECI nos casos em que houve violação dos direitos constitucionalmente protegidos, mas efetivamente não atendidos pelo poder estatal.

O ECI foi utilizado pela Corte Colombiana em diversas oportunidades: omissão dos municípios em filiar docentes ao Fundo Nacional de Prestações do Magistério, ineficiência administrativa para resolver o direito de petição dos aposentados, o sistema carcerário colombiano, a não convocação de concurso para notários, a falta de pagamento de salários de docentes municipais, a proteção de defensores de direitos humanos contra ameaça ou constrangimento, a mora no pagamento de verbas de aposentadoria, o deslocamento forçado (ANDRÉA, 2018, p. 32-49).

Para além da noção de violação da norma constitucional, afirma Campos que a omissão estatal “impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado” (CAMPOS, 2016, p. 56). O autor defende que a limitação da omissão constitucional apenas aos casos de descumprimento de enunciados constitucionais de eficácia normativa limitada e que contêm ordens expressas de atuação normativa integrativa prejudica a compreensão adequada do fenômeno.

Para Campos, a atividade que se espera dos poderes estatais vai além da mera existência de leis ou normas que cumpram nominalmente e burocraticamente, apenas, a necessidade de regulamentos das normas constitucionais (CAMPOS, 2016, p. 56). Há necessidade de efetiva atividade estatal que possa dar efetividade à norma de direito fundamental, pois, muitas vezes, a lei ou norma infraconstitucional existe, mas não produz efeitos capazes de dar cumprimento ao comando constitucional.

É nesse contexto que surgem as demandas sociais que batem às portas do Poder Judiciário requerendo soluções concretas e efetivação dos direitos fundamentais previstos pela

Constituição.

Campos aponta quatro pressupostos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

O primeiro refere-se à constatação de um quadro não simplesmente de proteção ineficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. [...]

O segundo é a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. [...]

O terceiro tem a ver com as medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas. [;;;]

O quarto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária (CAMPOS, 2016, p. 180-187).

Preenchidos tais pressupostos, estariam hipoteticamente atendidos os requisitos mínimos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

2 NOVAS PROPOSTAS PARA SUPERAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Há, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, novas teorias que defendem uma ação mais dialética do Poder Judiciário diante da violação reiterada de direitos fundamentais.

A teoria apresentada no Projeto de Lei do Senado nº 736/2015 é o "compromisso significativo", desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul e segundo a qual o Poder Judiciário, ao reconhecer a violação massiva de direitos fundamentais, inicia um processo de intercâmbio de ações entre cidadãos e Estado (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 31).

No projeto, após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, o Supremo determina a celebração do compromisso entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados pela ação ou omissão.

A vantagem atribuída ao compromisso significativo reside na dialeticidade na tomada de decisões, angariando a participação das partes envolvidas visando a solução do conflito, mediante fiscalização do Poder Judiciário.

Para David Pardo, o compromisso significativo importa ação conjunta dos poderes do Estado:

A alternativa à intervenção judicial em políticas públicas é o jogo interativo mais rico e complexo, não a imunidade total da Administração Pública, nem a prevalência absoluta dos juízes. O compromisso significativo bem podia

ser testado como novo padrão positivo de relacionamento entre os tribunais e os demais poderes no Brasil (PARDO, 2013, p. 161-210).

Embora avançado em sua proposta, o compromisso significativo é tomado, ainda, sob a perspectiva de engessamento dos poderes, isto é, no enclausuramento das funções do Estado nos limites de determinado poder, sem a possibilidade de ação conjunta deles.

O que o compromisso significativo visa, segundo o texto do PLS 736, art. 9º-B, parágrafo único, a ser inserido na Lei nº 9.882/99 é o “constante intercâmbio entre os segmentos populacionais afetados e o Estado, em que as partes tentam celebrar acordo para a formulação e implementação de programas socioeconômicos [...]” (BRASIL, Senado Federal, 2015, p. 2).

O compromisso proposto prevê tentativa de celebração de acordo entre os segmentos populacionais e o Estado, ignorando-se que os segmentos populacionais interessados já formularam sua demanda ao ingressarem com o pedido que houver culminado com o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

A coordenação entre os poderes do Estado poderia antecipar soluções específicas às demandas já submetidas ao crivo judicial, apontando as soluções possíveis tanto na esfera orçamentária, legislativa, administrativa, etc, a fim de viabilizar concretamente, uma decisão estatal (não apenas judicial) que traduza efetiva resposta, dentro das possibilidades averiguadas pelos três poderes em conjunto.

Frise-se, ainda, que o texto do projeto em apreço, expõe que no compromisso significativo idealizado as partes tentam celebrar o acordo, ou seja, não há uma obrigatoriedade de ação do Poder Público, relegando a medida a mera tentativa.

A coordenação dos poderes estatais teria, de fato, o comprometimento de averiguar todas as possibilidades de solução da inconstitucionalidade, ainda que em nível inferior àquele demandado pela população, mas na medida das possibilidades do Estado.

Sob tal ponto de vista, aponta-se a teoria dos diálogos institucionais, aplicada no Canadá, e que propõe nova interpretação ao princípio da separação dos poderes, sem mitigá-lo ou suprimi-lo, mas ampliando-o, para contemplar, de fato, ação conjunta dos poderes constituídos.

Deve-se reconhecer a necessidade de aprimoramento do ordenamento jurídico com a introdução de novos mecanismos capazes de, por meio mais dialético, alcançar o respeito aos direitos fundamentais violados pela ausência de efetivação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas eficientes.

3 NOVA PERSPECTIVA DE INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

É sabido que os Estados modernos organizaram e organizam a distribuição interna de funções com base na divisão proposta pela Teoria da Separação dos Poderes, atribuída com maior ênfase à Montesquieu, embora concebida desde a Antiguidade.

Platão, em sua obra *República*, indicou a necessidade de divisão de funções na *pólis*, pois dessa forma se chegaria ao governo justo.

Montesquieu aprimorou o entendimento e propôs a divisão dos poderes do Estado, os quais deveriam atuar de forma independente e harmônica. Assim, caberia precipuamente ao Poder Executivo o governo e administração; ao Legislativo, a produção das leis; e ao Judiciário, o julgamento e aplicação das leis aos casos que lhe forem submetidos.

Nessa estrutura, já adaptada ao Estado moderno, cabe ao Poder Judiciário o exercício do papel de guardião da Constituição, já que esta representa a norma superior existente no contexto estatal e a partir da qual se materializam os interesses públicos.

Com fundamento neste papel de Corte Constitucional, o Judiciário profere decisões que, em muitos casos, interfere nas atribuições dos demais poderes, já que todos estão subordinados ao comando constitucional.

Diante das tensões naturalmente existentes no contexto social, a atividade judicial mais socialmente engajada vem sendo questionada na atualidade e qualificada de ativista, notadamente quando exercida pelo Supremo Tribunal Federal que, no modelo brasileiro, pode emitir decisões com força obrigatória e vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo. E, ainda quando se tratar de hipótese de decisão vinculante, a Corte Constitucional determina ações direcionadas ao Poder Executivo, a exemplo do que ocorreu no julgamento da ADPF 347.

O que se demonstra neste trabalho não é a usurpação de funções pelo Poder Judiciário, mas o enfrentamento das tensões entre os Poderes do Estado de forma correlacionada, a fim de se eliminar a ideia de monopólio de funções. Vale dizer, não deve a teoria da separação dos poderes ser interpretada como impeditivo à atividade conjunta de todos os poderes como imperativo de atendimento das necessidades sociais imediatas.

O Poder Judiciário, por fazer frente em determinadas demandas sociais, não deve ser encarado como o usurpador de funções. Tampouco deve o Poder Executivo ser encarado como um mero cumpridor das decisões jurisdicionais. O Poder do Estado é uno. A subdivisão foi proposta como forma de evitar o arbítrio de sua concentração na titularidade de um ou

poucos governantes.

O contexto moderno exige um novo olhar sobre a separação de poderes, entendendo Legislativo, Executivo e Judiciário como mandatários de um poder maior que reside no povo e em favor deste deve ser exercido. Para tanto, necessária ação conjunta e coordenada dos poderes do Estado e da sociedade para a consecução dos direitos fundamentais.

Aliás, este é um dos postulados do neoconstitucionalismo. De acordo com essa nova visão

O conteúdo da lei e do direito deve ser protegido pelo Estado de Direito Constitucional. Pelo princípio da supremacia da Constituição, os direitos fundamentais tornam-se *posições jurídicas* tão importantes que a sua garantia não pode ser deixada ao alvitre das maiorias parlamentares, não retirando do cidadão, amparado por tais direitos, a sua posição jurídico-prestacional. Enfim, a função básica da Constituição é suprimir certas decisões do processo político.

Quando a Constituição coloca direitos acima das decisões da maioria, faz do sistema de direitos fundamentais o critério último de validade de todo o ordenamento jurídico. Com isso, não se limita o âmbito de deliberação democrática, mas, ao contrário, impõe-se a devida atenção democrática aos interesses humanos fundamentais, os quais poderiam restar negligenciados no processo político ordinário (CAMBI, 2016, p. 25).

A ideia restrita e extremamente limitada da separação tende a impedir a ação conjunta desses poderes, o que é desejável em uma sociedade plural que demanda o atendimento das mais diversas questões, que nem sempre são postas como prioridade por um Poder.

A questão orçamentária é levantada como um elemento impeditivo de atuação do Poder Judiciário nas demandas envolvendo direitos sociais, econômicos e políticas públicas. Mas, a ação conjunta dos Poderes seria o caminho para que as decisões judiciais se pautassem nas possibilidades financeiras do Estado.

E esta é a proposta estampada no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, que, ao propor a alteração das Leis nº 9.882/99 e 13.105/15, estabelece termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispõe sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a determinação de celebração de compromisso significativo.

O que chama atenção é um dos argumentos utilizados na justificação da proposta, segundo a qual o “ativismo judicial”, especialmente aquele refletido na decisão da ADPF nº 347, representou uma “guinada jurisprudencial” que suscitou preocupação de parlamentares, juristas e agentes públicos quanto à necessidade de balizamento dessa nova linha jurisprudencial. E acrescenta a adjetivação da decisão do STF como heterodoxa, ao impor obrigação de fazer ao Poder Executivo, com base no princípio da dignidade humana,

afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financiamento possível.

Esta a restrição interpretativa que o projeto pretende instaurar, de modo que o Poder Judiciário não seja reconhecido como o usurpador de Poderes, mas que todos os Poderes e a sociedade sejam capazes de reformular o entendimento da separação de poderes em favor da sociedade.

A proposta prevista no PLS mencionado busca o avanço no tratamento do “ativismo judicial”, mas, paradoxalmente, acaba limitando-o ao atrelar-se ao entendimento tradicionalmente engessado da separação de poderes. Assim, ainda que aprovado, não será capaz de admitir atividade estruturalmente mais eficaz dos poderes públicos.

O princípio da separação de poderes carece de nova interpretação. Para expressar esse novo entendimento, um dos estudos recentes no Brasil, que atende essa expectativa, é aquele exposto por Marcelo Neves, na obra *“Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas”*. Neves propõe a consideração da pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado Democrático de Direito, a fim de que os poderes, embora em um contexto de tensões, desempenhem suas atividades em colaboração recíproca e sob as demandas plurais da sociedade.

Para ele

O procedimento jurisdicional deve cumprir e aplicar a lei, mas é através dele que o texto legal toma um sentido normativo. Além do mais, cabe observar que o Poder Judiciário exerce um papel relevante no controle da constitucionalidade das leis. Sendo assim, a própria validade daquilo a que se subordina a jurisdição depende da definição jurisdicional (NEVES, 2006, p. 191).

Pensando na inter-relação entre os poderes constituídos, o professor Vile, da Universidade de Kent, expôs em sua obra *“Constitutionalism and The Separation of Powers”* crítica à interpretação usual da teoria da separação de poderes. Para ele, os poderes do Estado devem ser vistos em sua funcionalidade no sentido de se considerar o poder do Estado um todo e único poder que deve ser gerido de acordo com sua complexidade (VILE, 1998, p. 10). Assim, a especialização de funções existe em razão da inerente complexidade do Estado. Sem embargo, os três poderes exercem uma função mais importante que é aquela de administração (em sentido amplo) de todo o Estado.

A adoção do entendimento aqui proposto significa não somente nova interpretação da atividade jurisdicional, à luz de uma nova perspectiva sobre teoria da separação dos poderes, mas, sobretudo, nova interpretação da atividade de todos os poderes que deve agir tendo por fim a obtenção do interesse público. Não se trata, evidentemente, de integração simples,

notadamente do ponto de vista da preservação da imparcialidade do judiciário, que embora deva buscar a saída dialogada, em demandas que lhe sejam submetidas, deve recusar-se ao papel de prévio consultor ou conselheiro da cúpula do executivo.

Por isso, as ações dos três poderes devem ser correlacionadas, sem hierarquia e sem preferências em relação às atividades precípua de cada poder. Deve ser encontrado um equilíbrio capaz de impedir a sobreposição de qualquer dos poderes. Afinal, todas as funções do Estado são detentoras da mesma importância e sem qualquer delas o Estado Democrático de Direito pode ser prejudicado em suas bases democráticas.

Para aqueles que defendem a não intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas, essas ações são restritas aos Poderes Executivo e Legislativo, em razão da necessidade de adequação da implementação de direitos sociais à disponibilidade do orçamento público e por observância estrita ao princípio constitucional da separação de Poderes (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 36).

J. J. Gomes Canotilho expressou, quanto à “reserva do possível”, que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: a) pela gradualidade da realização; b) pela dependência financeira relativamente ao orçamento do Estado; c) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização desses direitos; d) pela insusceptibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, exceto quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões materialmente não razoáveis (CANOTILHO, 1998, p. 44).

A partir dos ensinamentos de Canotilho, especialmente, no último item acima transcrito, pode-se argumentar que, de fato, não cabe prioritariamente ao Poder Judiciário a efetivação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas para a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. Contudo, em caso de violação flagrante ao ordenamento jurídico constitucional ou nas omissões inconstitucionais que representem realidade materialmente não razoável, o Poder Judiciário deve ser investido de sua competência para efetivação e guarda da Constituição, com fundamento em sua competência constitucionalmente estabelecida.

E a limitação de recursos não deve servir de limitação à implementação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas, muito menos deve significar o não atendimento, pelo Estado, de direitos fundamentais, os quais estão acima de qualquer teoria de organização dos poderes do Estado, afinal o Direito existe e deve ser operado em função do ser humano, sem o qual o próprio Direito perde todo o sentido. Se “hard cases” surgem, o equacionamento das escolhas trágicas parecem possa ser viabilizada com maior equidade pelo Judiciário do que

por simples “*raisons d’État*” ditadas pelo ramo executivo.

Diante de tudo o que foi exposto, a Teoria dos Diálogos Institucionais mostra-se como uma ferramenta a ser considerada como base de estudos para uma proposta ao contexto brasileiro.

Frise-se a sugestão da teoria como meio de debate e adaptação ao sistema brasileiro, haja vista que cada ordenamento jurídico traz consigo toda a carga valorativa da cultura da sociedade em que se insere e das limitações que lhe são próprias, não sendo conveniente, por isso, imaginar a aplicação da teoria, tal como aplicada em outros países, sem reflexões e modificações racionais no contexto brasileiro.

A Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, de 1982, trouxe a teoria dos diálogos institucionais como um método de interação entre a Corte Constitucional e o Parlamento. A Carta canadense prevê que o Parlamento reedite uma lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional pelo prazo de até 5 (cinco) anos (LONGO FILHO, 2015, p. 192).

O diálogo institucional consiste em uma provocação à interação feita pelo Judiciário, com base em um caso concreto, a fim de motivar alterações legislativas, voluntariamente adotadas pelo Poder Legislativo (ainda que não espontâneas), no sentido de adequar o ordenamento jurídico às demandas sociais.

A Corte Constitucional, no modelo canadense, abre oportunidade para os outros poderes apresentem alternativas à solução da demanda em questão e, caso essa oportunidade não seja aceita, se dá a declaração de inconstitucionalidade, afastando a lei do ordenamento jurídico (LONGO FILHO, 2015, p. 193).

A Teoria dos Diálogos institucionais, em sua essência, traz a ideia de participação de todos os poderes do Estado na solução das demandas postas pela sociedade, em especial aquelas que afligem os grupos minoritários.

O papel contramajoritário da Corte Constitucional pode, assim, ser fortalecido a partir da intervenção de todos os poderes num negociado atendimento das demandas sociais urgentes, na medida das possibilidades do Estado. Por isso o modelo proposto supera, ainda, o argumento que recai sobre o ativismo judicial quanto à ausência de legitimidade democrática das Cortes Judiciais.

Trata-se de uma proposta que deve ser encarada como contributiva, devendo ser associada, evidentemente, a outros mecanismos de efetivação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas.

De acordo com Campos, a supremacia judicial gera custos e riscos ao Estado Democrático de Direito, sendo necessário o seu gerenciamento:

Os custos e riscos da supremacia judicial são maiores quando se trata do controle das omissões legislativas e administrativas inconstitucionais. É que, nesse caso, a acusação não é simplesmente de cortes anulando atos dos outros poderes, e sim de cortes substituindo os outros poderes (CAMPOS, 2016, p. 241).

Portanto, cabe a apreciação do instituto de diálogos institucionais como meio de contribuição à efetivação de direitos sociais, econômicos e políticas públicas com base em um sistema interativo, buscando a maior efetividade possível dos direitos fundamentais, sem descuidar das possibilidades de ação do poder público.

Os diálogos institucionais, porque proporcionam um debate amplo e recíproco, sob os diversos pontos de vista de ação do Estado na gestão das necessidades públicas latentes, abre caminho para a consolidação do que a moderna doutrina processual civil tem denominado de decisões estruturantes (cf., entre outros, ARENHART, 2013).

CONCLUSÕES

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a partir da teoria oriunda da Corte Constitucional colombiana, representa uma nova forma de definição das reiteradas violações dos direitos fundamentais, possibilitando ao Poder Judiciário atuação pontual em questões levantadas pela sociedade como de importância vital para o equilíbrio do Estado.

A legitimidade na adoção do ECI, no Brasil, tem seu fundamento na própria legitimidade do ordenamento jurídico, haja vista que a teoria visa eficazmente assegurar (para além de simples enunciados retóricos ou simbólicos) a observância de direitos humanos e fundamentais.

A aplicação da Teoria pelo Supremo Tribunal Federal gerou diversas críticas de juristas preocupados com a possível violação da estrutura formal do Estado, sobretudo com a suposta violação do princípio da separação de poderes. Mas há exagero em tais críticas uma vez que o STF, embora tenha promovido o reconhecimento do ECI, foi, até aqui comedido, não avançando em aspectos práticos, por exemplo, exigindo-se um plano de ação dos estados.

Um dos proveitos efetivamente alcançado foi a possibilidade de uma nova perspectiva do princípio da separação de poderes, com base em estudos modernos, que visam a adequação do sistema de poder estatal às reais demandas sociais que exigem ação conjunta e eficiente dos três poderes constituídos.

Judiciário, Executivo e Legislativo (por vezes com a atuação de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública) devem assumir o compromisso de ação conjunta,

interdependente, colaborativa e prestada em tempo razoável. A perquirição sobre eventual usurpação de poderes deve dar lugar a ações coordenadas dos poderes, superando monopólios equivocadamente dogmatizados.

A Teoria dos Diálogos Institucionais é ferramenta que tem o potencial de possibilitar o aperfeiçoamento da garantia dos direitos fundamentais. Por esse motivo, o estudo iniciado a partir do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional deve ser ampliado, buscando-se alternativas dialéticas que tenham o potencial de proporcionar efetivamente a ação cooperada entre os poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

A violação reiterada de direitos fundamentais exige posicionamento ativo dos estudiosos do Direito, buscando alternativas factíveis e coerentes para suprir as lacunas na atividade estatal desempenhada pelos poderes estatais.

O Estado Democrático de Direito pressupõe a ação conjunta, independente e harmônica dos poderes, superando entraves burocráticos e engessamentos desnecessários ao cumprimento do comando constitucional. O aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro exige novas perspectivas de ação dialética, com uma nova visão sobre o princípio da separação de poderes e com novo olhar sobre a hermenêutica constitucional frente à inquestionável mutação constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 225/2013

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *A legitimação moral dos direitos humanos: uma análise dos princípios de justiça de John Rawls*. Direito e Práxis, vol. 03, n. 02, 2011. Disponível em: file:///D:/Usuarios/121867020213/Downloads/2191-36040-1-PB.pdf. Acesso em: 23 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. Brasília, 2008. Disponível em: tjba.idp.edu.br/component/docman/doc_download/185-. Acesso em: 05 jul. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, de 09 abr. 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Senado Federal (SF). *Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 736, de 11 nov. 2015*. Autoria: senador Antônio Carlos Valadares. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574912&disposition=inline>. Acesso em 26 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240*. DJ 20 ago. 2015. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. DJ 09 set. 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário nº 592.581*. DJ 13 ago. 2015. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso Extraordinário nº 641.320*. DJ em 11 mai. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Relator vota pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio*. Publicado em 20 ago. 2015. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109&caixaBusca=N>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Audiência de Custódia, 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Medidas Provisórias*. Disponível em: <http://cnj.jus.br/ouvidoria-page/documentos/922-publicacoes/corte-interamericana-de-direitos-humanos-cidh/81978-medidas-provisorias>. Acesso em: 27 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, de 09 abr. 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Termo de Cooperação Técnica nº 005/2016, de 26 abr. 2016*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/ee77133a3c5f9d319099e870defbf2e7.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"*? Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acesso em 26 jun. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1319/DyL-1995-III-6-Gomes-Cantonilho-.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 ago. 2018.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Resolução 11/2013*. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. Revista de Investigações Constitucionais. Curitiba, vol. 2, n.3, p. 183-206. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em 16 set. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da República da Colômbia. *Sentencia T-025*. Bogotá, 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 22 jun. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LONGO FILHO, Fernando José. *A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron*. Cadernos do programa de pós-graduação de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 10 vol. n.3, 2015. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58328>. Acesso em: 16 set. 2018.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, trad. De Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do Direito I*, trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de*

Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”*. Revista de Direito Ambiental, nº 72, out/dez. 2013

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *The "Unconstitutional State of Affairs" in Brazil's Prison System: The Enchantment of Legal Transplantation*. I-CONnect. Publicado em 30 set. 2015. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2015/09/the-unconstitutional-state-of-affairs-in-brazils-prison-system-the-enchantment-of-legal-transplantation/>. Acesso em: 27 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Consultor Jurídico, 24 out. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 26 jun. 2017.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/516692/TD186-RonaldoJorgeAJr.pdf?sequence=1>. Acesso em 22 de jun. de 2017.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. 2nd. ed. Indianapolis: Liberty Fund. Inc., 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária*. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 124, p. 179-184, out./dez. 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176273/000492900.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jun. 2017.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Caos no sistema penitenciário: propostas efetivas para reverter a crise*. 17 jan. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/01/17/caos-no-sistema-penitenciario-propostas-efetivas-para-reverter-crise2/>. Acesso em: 12 jun. 2017.